ANNALES
UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA
LUBLIN—POLONIA
VOL. XIX, 9 SECTIO G 1972

Instytut Prawa Sądowego UMCS
Zakład Prawa Karnego i Kryminologii

Andrzej WĄSEK

Zaniechanie i obrona konieczna w prawie karnym

Бездействие и необходимая оборона в уголовном праве

Unterlassung und Notwehr im Strafrecht

Analizowanie problematyki zaniechania i obrony koniecznej ograniczano zwykle w polskiej literaturze prawa karnego do obrony koniecznej przed zamachami występującymi w postaci zaniechania. Podejmując ten temat przyjęto założenie rozszerzenia tego kręgu zagadnień. W związku z tym poza obroną konieczną przed zaniechaniem omówione zostaną również zagadnienia obrony koniecznej występującej w postaci zaniechania oraz zagadnienia odpowiedzialności karnej osoby, która w wyniku obronnego zachowania się zadała napastnikowi uszczerbek na ciele, a następnie nie udzieliła mu pomocy w sytuacji grożącej bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.

I. OBRONA KONIECZNA W STOSUNKU DO ZANIECHANIA

Pod takim właśnie tytułem ogłosił J. Makarewicz w r. 1936 swą znaną publikację („Głos Sądownictwa" nr 1, ss. 7—14). Z wielu powodów niniejsze rozważania należy rozpocząć od tej właśnie pracy. Najważniejszy wzgląd to ten, że wywody wybitnego uczonego, twórcy k.k. z r. 1932, stanowią wkład dogmatyczny zachowujący nadal pełną aktualność. Nie różnią się też pod tym względem sformułowania obrony koniecznej w k.k. z r. 1932 (art. 21 § 1) i w k.k. z r. 1969 (art. 22 § 1); w obu wypadkach warunkiem obrony koniecznej jest istnienie „bezpośredniego bezprawnego zamachu" na dobro prawne. J. Makarewicz z nie ukrywaną pasją

zwalcza pogląd Sądu Najwyższego (Zb. O. nr 183/35), według którego: „1. Bezprawny zamach w rozumieniu art. 21 k.k. może polegać nie tylko na działaniu, lecz także na zaniechaniu. 2. Nieopuszczenie miejsca stojącego pod ochroną art. 252 k.k. wbrew żądaniu osoby uprawnionej, jest zamachem na spokój domowy, spełnionym przez zaniechanie i uprawniającym go do odparcia na drodze obrony koniecznej, która może między innymi polegać na usunięciu z miejsc w art. 252 k.k. wymienionych przemocą fizyczną osoby spokój tej naruszającej." Dla J. Makarewicza „zamach" to rozwinięcie przez sprawcę „energii aktywnej" (działanie); zaniechanie nie może być pojęciowo zamachem, nie może więc przeciwko niemu służyć obrona konieczna. Zdaniem J. Makarewicza stanowisko SN wynika jedynie z bezkrytycznego przeniesienia na teren wykładni naszego prawa niektórych tez głoszonych przez część doktryny niemieckiej (ss. 7—8). Istotnie w owym czasie wielu znanych prawników niemieckich reprezentowało pogląd, że zamach *(Angriff)* to wszelkie naruszenie cudzego dobra prawnego, obojętnie, czy występuje w postaci działania, czy zaniechania. Podkreślono przy tym, że zaniechanie, aby mogło przedstawiać się jako zamach, musi stanowić wtargnięcie w cudzą sferę posiadania prawa, chodziło więc o *delicta per omissionem comissa* (np. zagłodzenie dziecka przez matkę); mniej lub bardziej wyraźnie czyniono od tego odstępstwa, upatrując zamach również w wypadkach bezprawnego utrzymywania stanu pozbawienia wolności lub naruszenia miru domowego w postaci nieopuszczania mieszkania.[1] Należy zwrócić uwagę, że J. Makarewicz krytykując wspomniany wyrok SN wcale nie twierdził, iż właściciel nie ma prawa wyrzucić intruza ze swego mieszkania lub też użyciem zniewag doprowadzić, aby sam się zeń wyniósł. Akcję taką J. Makarewicz oceniał na płaszczyźnie samopomocy legalnej, a nie obrony koniecznej. Według tego autora ma to te praktyczne konsekwencje, że przy obronie koniecznej nie obowiązują zasady proporcjonalności i subsydiarności, natomiast prawo wykonywania samopomocy legalnej doznaje szeregu poważnych ograniczeń (ss. 10—12).[2]

Nie ma dziś większej potrzeby zatrzymywać się nad przytoczonym sporem J. Makarewicza z Sądem Najwyższym. Poza S. Pławskim[3] i przez pewien czas W. Wolterem[4] pozostali reprezentanci doktryny, za-

---

[1] Por. zestawienie dawniejszej literatury niemieckiej w pracy R. v. Hippla: *Deutsche Strafrecht*, Zweiter Band, Berlin 1930, s. 204 przypis 4 oraz w glosie S. Glasera do wyroku SN z 14 XII 1934 (3 K. 1362/34) — OSP 1935, poz. 652.

[2] Por. J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, ss. 106—107, 565, przypis 1.

[3] S. Pławski: *Prawo karne, Część II*, Warszawa 1966, ss. 49—50.

[4] W. Wolter: *Prawo karne, Zarys wykładu systematycznego*, Warszawa 1947, ss. 193, 225.

równo w okresie międzywojenym, jak i w Polsce Ludowej, opowiadali się za obroną konieczną przeciw zaniechaniu. Czyniono też jednak poważne zastrzeżenie: w grę muszą wchodzić przestępstwa z zaniechania, znamienne skutkiem *(delicta per omissionem comissa)*. Główny rzecznik takiego poglądu — S. Śliwiński pisze, że „zamach", to dążenie do zmiany istniejącego stanu rzeczy, do zmiany w świecie zewnętrznym, do wytworzenia stanu rzeczy, który przed zamachem nie istniał (był inny).[5] Wychodząc z tych założeń S. Śliwiński wyraża pogląd, że nie ma cech „zamachu" zaniechanie opuszczenia mieszkania przez intruza wbrew woli właściciela mieszkania (zaniechanie takie bowiem nie jest materialne); co do przestępstwa pozbawienia wolności mającego charakter trwały, gdzie w gruncie rzeczy chodzi o zaniechanie sprawcy uchylenia bezprawnego stanu, S. Śliwiński dopuszcza obronę konieczną rozumując, że ten, kto pozbawia osobę wolności, w każdej chwili w razie podjęcia przez ofiarę próby uwolnienia się gotów jest czynnie się temu przeciwstawić. Zamach więc potencjalnie utrzymuje się, trwa, dopuszczalna jest przeto przeciwko niemu obrona konieczna.[6]

Poglądy S. Śliwińskiego częściowo podważyli W. Świda i A. Gubiński. W. Świda uważa, że skutek w prawie karnym należy pojmować nie w sensie naturalistycznym, lecz socjologicznym i dlatego S. Śliwiński nie ma racji traktując przestępstwo naruszenia miru domowego przez zaniechanie jako *delictum mere omissivum*. „Zachowanie się gościa — pisze W. Świda — który wbrew żądaniu gospodarza nie chce opuścić mieszkania, zmierza niewątpliwie do naruszenia miru domowego.[7] A. Gubiński szczególnie wnikliwie wykazuje, że nie jest uzasadnione rozbijanie przez S. Śliwińskiego przestępstwa trwałego pozbawienia wolności „na dwa etapy — etap zamachu i etap utrzymywania stanu przestępnego, z których pierwszy polega na pozytywnej czynności, a drugi na zaniechaniu uwolnienia pozbawionego wolności", ponieważ „[...] jak długo trwa stan przestępny, tak długo trwa stale powtarzający się zamach na wolność osobistą pokrzywdzonego".[8] A. Gubiński zwraca natomiast uwagę na fakt, że nieopuszczenie wbrew woli osoby uprawnionej cudzego pomieszczenia nie stanowi przestępstwa skutkowego z zaniechania; osobie takiej służy prawo do korzystania z dozwolonej samopomocy.[9] Jak z tego widać, W. Świda i A. Gubiński nie zakwestionowali zasadniczej tezy S. Śliwińskiego (reprezentowanej przed wojną również przez S. Glasera),

---

[5] S. Śliwiński: *Polskie prawo karne materialne, Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 151.

[6] *Ibid.*, ss. 151, 152.

[7] W. Świda: *Prawo karne, Część ogólna*, Warszawa 1970, s. 161.

[8] A. Gubiński: *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 15.

[9] *Ibid.*, ss. 14, 64.

że obrona konieczna nie może służyć przeciwko formalnym (bezskutkowym) przestępstwom z zaniechania.[10] L. Lernell, formułując ostrożnie swój pogląd w tej materii, wskazuje, że również zaniechanie może stanowić niebezpieczeństwo dla dóbr prawnych, co uzasadnia stosowanie przeciw zaniechającemu obrony koniecznej (przykład: nienastawienie przez zwrotniczego zwrotnicy na właściwy tor).[11]

W pracy opublikowanej już na gruncie k.k. z r. 1969 W. Wolter pisze: „...zaniechanie może stanowić zamach jedynie w wyjątkowych wypadkach, o ile chodzi o utrzymanie jakiegoś stanu rzeczy, a to wtedy, gdy zmiana tego stanu rzeczy może nastąpić wyłącznie przez »ściśle osobiste« zachowanie się innej osoby, jak to ma miejsce w razie bezprawnego przebywania intruza w cudzym mieszkaniu itp."[12] Wskazać jeszcze należy, że SN w swych powojennych orzeczeniach dopuszczających obronę konieczną przeciw naruszeniu miru domowego poprzez zaniechanie nie wdaje się w rozważania, czy obrona konieczna kieruje się w tym wypadku przeciw formalnemu czy też materialnemu przestępstwu z zaniechania.[13]

Wydaje mi się, że nie jest słuszne ograniczenie pojęcia zamachu przez zaniechanie tylko do przestępstwa skutkowego z zaniechania z wyłączeniem przestępstwa formalnego z zaniechania. Obecny k.k. (art. 22 § 1), podobnie jak i k.k. z r. 1932 (art. 21 § 1), stanowi tylko o „zamachu bezprawnym", sedno rzeczy tkwi więc we właściwym rozumieniu tego pojęcia.[14] Otóż uznaje się, że „zamach" nie musi być przestępny, może on stanowić bezprawie cywilne lub administracyjne. Wówczas przysługiwałaby obrona (pomoc) konieczna. Natomiast gdy czyn sprawcy polega na zanie-

---

[10] Stanowisko S. Śliwińskiego przyjmują: H. Rajzman: Glosa do uchwały SN z 19 I 1961 r. (VI KO 43/60), „Państwo i Prawo" 1961, z. 6, ss. 1066—1067; J. Śliwowski: *Prawo karne, Część I, Zeszyt II, Nauka o przestępstwie,* Toruń 1967, s. 145; T. Bojarski: *Przestępstwo naruszania miru domowego* (maszynopis rozprawy doktorskiej), Lublin 1968, s. 255 i n.

[11] L. Lernell: *Wykład prawa karnego, Część ogólna,* t. I, Warszawa 1969, s. 222.

[12] W. Wolter: *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z r. 1969,* Kraków 1970, s. 159.

[13] Por. wyroki z 22 VII 1946 r. (K 749/46) — „Państwo i Prawo" 1947, z. 1, s. 118; z 28 XI 1947 r. (K 1586/47 — „Państwo i Prawo" 1949, z 2, s. 144. Inaczej natomiast w wyroku z 15 IV 1935 r. 13 K 196 (35) (Zb. O. 500/35), gdzie przestępstwo naruszenia miru domowego popełnione przez zaniechanie (art. 252 k.k. z r. 1932) uznano za *delictum per omissionem comissum.*

[14] Pisząc o zamachu L. Lernell m.in. wskazywał: „Słowa zamach nie można pojmować tylko w sensie mechanicznym («zamachiwanie się»). Chodzi o wszelkie zachowanie się, które kryje w sobie niebezpieczeństwo społeczne, niebezpieczeństwo dla określonych wartości społecznych. Wynika to z pojęcia czynu jako zachowania się społecznego." (*Wykład prawa karnego,* Warszawa 1961, s. 164; Por. też A. Gubiński: Glosa do wyroku SN z 28 VI 1958 r. (III KRN 1136/57), „Państwo i Prawo" 1959, z. 11, s. 938.

chaniu, miałoby się wtedy żądać, aby „zamach" przybrał postać zaniechania, które sprowadza skutek w świecie zewnętrznym. Widać tu pewną niekonsekwencję. Do „zamachów" zalicza się czyny o lżejszym ciężarze gatunkowym (np. bezprawie cywilne) niż czyny stanowiące przestępstwo (*mere omissivum*). Takie zaniechanie, chociaż „bezskutkowe", stanowi też pewnego rodzaju zamach na porządek prawny, skoro znalazło się jako przestępstwo w kodeksie karnym. Nie można byłoby ponadto ogólnie mówić, że przestępstwa formalne wykazują mniejszą szkodliwość od przestępstw materialnych, ponieważ polegają li tylko na przekroczeniu przepisu prawnego, na formalnym nieposłuszeństwie. I. Andrejew słusznie wskazuje, że „[...] skoro przestępstwo zostaje dokonane niezależnie od tego, czy i jaka zmiana na zewnątrz działania nastąpi, to typ takiego przestępstwa jest ujęty szerzej, otwiera szersze możliwości penalizacji zachowania się sprawcy."[15] Nie widać rozsądnych przyczyn, dlaczego obywatel nie miałby prawa występować (pomoc konieczna) przeciwko przestępstwu formalnemu z działania.[16] Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie jest skonstruowane jako przestępstwo formalne zarówno w nowym, jak i starym kodeksie karnym. Nic by jednak nie stało ustawodawcy na przeszkodzie, gdyby postępując drogą dekryminalizacji ukształtował to przestępstwo w sposób „materialny", np.: „kto nie udziela pomocy [...] jeżeli z tego wynikła śmierć lub ciężkie uszkodzenie ciała."[17]

Przeciw koncepcji dopuszczającej obronę konieczną wobec przestępstw formalnych z zaniechania A. Krukowski wysunął zarzut „nie tyle teoretycznej, lecz przede wszystkim praktycznej natury." Wychodząc z założenia, że przy przestępstwie formalnym z zaniechania moment ukończenia czynu następuje w chwili jego dokonania, A. Krukowski dochodzi do następującego wniosku: „W tych warunkach wszelkie działanie pokrzyw-

---

[15] I. Andrejew: *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 113. Szczególną rolę przestępstw formalnych (z działania i zaniechania) w dziedzinie polityki kryminalnej podkreśla P. Spitéri: *L'infraction formelle*, „Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé" 1966, nr 3, ss. 516—520.

[16] Np. żona chce przeszkodzić mężowi w zawarciu małżeństwa bigamicznego (art. 183 § 1 k.k.) i w tym celu uszkadza lub niszczy jego garnitur ślubny itp.

[17] K.k. Uzbeckiej SRR z r. 1960 (art. 109) i k.k. Estońskiej SRR z r. 1961 (art. 126) uzależniają m.in. karalność nieudzielenia pomocy choremu od wystąpienia w sposób oczywisty poważnych następstw wskutek takiego zaniechania. W k.k. włoskim z r. 1930 kwalifikowaną postać przestępstwa nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie ujęto jako przestępstwo skutkowe (art. 593). Charakter skutkowy miało przestępstwo nieudzielenia pomocy w ordonansie rządu Vichy z 25 X 1941 r. Kwestia ta wynikła także w Belgii w toku przygotowań ustawy z 6 X 1961 r., która wprowadziła do k.k. z r. 1867 kilka przestępstw z zaniechania. Por. J. Constant: *La répression des abstentions coupables*, „Reuve de Droit Pénal et de Criminologie" 1961, nr 3, ss. 215, 271.

dzonego, zmierzające do odparcia zamachu, nastąpiłoby zawsze już po dokonaniu «odpieranego zamachu», byłoby więc pozbawione cech działania w obronie koniecznej."[18] Z zapatrywaniem tym nie sposób się zgodzić. Autor nie dostrzega bowiem, że wśród przestępstw formalnych z zaniechania istnieją takie, które są dokonane już z chwilą niepodjęcia nakazanego działania (np. według art. 18 k.k. — „nie zawiadamia natychmiast") oraz takie, których opis ustawowy wskazuje na możliwość trwania ich w czasie (np. art. 164 § 1 k.k. — nie udziela pomocy, art. 303, 304 k.k. — dezercja dokonana przez zaniechanie). Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie (art. 164 k.k.) ma charakter trwały, zakończone zostaje albo z chwilą ustąpienia niebezpieczeństwa dla osoby zagrożonej, albo odpadnięcia możliwości do działania, albo powstania innej podstawy wyłączającej odpowiedzialność karną sprawcy (np. niepoczytalności całkowitej). Za dopuszczalnością obrony koniecznej wobec przestępstwa nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie przemawia również systematyka kodeksu; przepis art. 164 k.k. umieszczony został w rozdziale zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu", co zdaje się dostatecznie wskazywać, że przedmiotem zamachu (obrony) przestępstwa stypizowanego w tym przepisie jest życie i na pewnym odcinku — zdrowie człowieka.[19] Tak więc, jeśli A nie umiejący pływać i stąd nie będący w stanie udzielić pomocy tonącemu B znieważy C, który takiej pomocy może udzielić, ale powstrzymuje się od działania w warunkach art. 164 k.k. to wówczas działanie A należy ocenić jako odpieranie bezprawnego, bezpośredniego zamachu ze strony C na dobro prawne B.[20]

Jeśli chodzi o obronę konieczną przed przestępstwem naruszenia miru domowego, to reprezentowany pogląd dopuszcza taką obronę wobec obu postaci popełnienia tego przestępstwa: wdarcia się i nieopuszczenia. W. Świda, a za nim T. Bojarski, przyjmują, że nieopuszczenie pomieszcze-

[18] A. Krukowski: *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 16.

[19] K. Buchała (*Przestępne zaniechanie udzielenia pomocy w niebezpieczeństwie grożącym życiu człowieka*, „Państwo i Prawo" 1960, z. 12, s. 1000) analizując przestępstwo określone w art. 164 § 1 zdaje się je oceniać jako rodzaj przestępstwa z narażenia dóbr prawnych na niebezpieczeństwo. Por. też W. Wolter: *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 1970, s. 28. W wydanej niedawno w NRF-ie monografii E. Vermandera: *Unfallsituation und Hilfspflicht im Rahmen des § 330c StGB*, Tübingen 1969, ss. 35—48 znaleźć można rozwiniętą obronę stanowiska uznającego przestępstwo formalne nieudzielenia pomocy (§ 330c Rzeszy Niemieckiej) za przestępstwo z narażenia na abstrakcyjne niebezpieczeństwo. Por. też Spitéri: *op. cit.*, ss. 510—511.

[20] Wyraźnie dopuszczają obronę konieczną wobec przestępstwa nieudzielania pomocy (§ 119) autorzy komentarza do k.k. NRD z r. 1968. Patrz: *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Lehrkommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, Berlin 1969, s. 110.

nia wbrew żądaniu upoważnionego posiadacza stanowi przestępstwo skutkowe z zaniechania, wobec którego służy obrona konieczna. Autorzy ci wychodząc z założenia, że przestępstwo formalne z zaniechania nie może przedstawiać się jako zamach, ograniczają z drugiej strony (słusznie) prawo do działania w ramach samopomocy dozwolonej do przypadków w prawie określonych. W tych warunkach, aby nie pozbawić pokrzywdzonego prawa do „własnoręcznego" pozbycia się intruza, W. Świda stwierdza, że w istocie druga alternatywa normy art. 172 k.k. formułuje przestępstwo skutkowe z zaniechania. Uzasadnienie jest następujące: „Jak już wiemy, zmiany w świecie zewnętrznym wywołane przestępstwem, należy ujmować nie naturalistycznie, lecz zgoła socjologicznie, a więc jako zmiany społeczne. Zachowanie się gościa, który wbrew żądaniu gospodarza nie chce opuścić mieszkania, zmierza niewątpliwie do wywołania zmiany w świecie zewnętrznym, a mianowicie do naruszenia miru domowego."[21]

Słuszność tego zapatrywania podziela w pełni T. Bojarski. Autor ten pisze: „Jeżeli bowiem normalny stan rzeczy charakteryzuje się istnieniem niezakłóconego miru domowego, a więc jest stanem prawnego bezpieczeństwa dla tego dobra, to zmiana tego normalnego stanu rzeczy przez nieopuszczenie miejsc chronionych w art. 252 k.k. oznacza likwidację stanu bezpieczeństwa, jest zakłóceniem i trwającym zakłóceniem miru domowego, a więc stanowi nowy element sytuacji; jest przez to zmianą w świecie zewnętrznym."[22] W cytowanych wypowiedziach obu autorów nadano pojęciu skutku przestępnego bardzo szerokie granice. Można obawiać się, czy tak ekstensywne ujmowanie skutku przestępnego nie doprowadzi do zatarcia się granic między znanym kodeksowi karnemu (art. 4 § 2, 1(5 § 3) i doktrynie podziałem na przestępstwa materialne (skutkowe) i formalne (bezskutkowe).[23] Jeśliby bowiem przyjąć za trafne wskazówki W. Świdy i T. Bojarskiego, to niechybnie przestępstwu fałszywych zeznań, określonemu w art. 247 § 1 k.k., przysługiwałby charakter materialny. Wszak ten, kto składa zeznania mające służyć za dowód w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, ten dąży (wina umyślna) do określonej zmiany w świecie zewnętrznym — nastąpienia pożądanych skutków orzeczenia. Ten wzgląd nie może jednak przecież negować faktu, że przestępstwo fałszywych zeznań (art. 247 § 1

---

[21] Świda: *op. cit.*, s. 161.

[22] Bojarski: *op. cit.*, s. 260.

[23] Figura prawna przestępstwa formalnego spotyka się jednakowoż z krytyką niektórych przedstawicieli nauki zagranicznej prawa karnego. Por. F. v. Liszt: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1908, s. 123; A. Trajnin: *Obszczeje uczenije o sostawie priestuplenija*, Moskwa 1957, ss. 137—141 oraz cytowani przez Spitériego (*op. cit.*, s. 498, przypis 3) autorzy włoscy.

k.k.) ma typową strukturę przestępstwa formalnego: karalne jest samo działanie lub zaniechanie, nie jest warunkiem bytu tego przestępstwa wywołanie określonej zmiany w świecie zewnętrznym (nawet jeśli byśmy rozumieli skutek przestępny w sensie socjologicznym). To samo da się *mutatis mutandis* powiedzieć o przestępstwach fałszywego oskarżenia (art. 248 k.k.) i fałszywego zawiadomienia (art. 249 k.k.), które mają niewątpliwie charakter formalny.

Ta dywagacja była potrzebna dla wykazania, że ów cały spór, toczący się wokół zagadnienia obrony koniecznej przed przestępstwem naruszenia miru domowego popełnionym przez zaniechanie, był wynikiem niezachwianego trzymania się tezy, że zaniechanie tylko wtedy przedstawia się jako zamach, gdy ma charakter skutkowy. Jeśli uzna się, że przestępstwo z zaniechania (zarówno skutkowe, jak i bezskutkowe) stanowi zamach, to wówczas otwiera się droga do stosowania wobec niego obrony koniecznej.

Warto jeszcze przypomnieć, że J. Makarewicz odmawiając właścicielowi mieszkania prawa usunięcia w drodze obrony koniecznej intruza zakłócającego przez swe pozostawanie w nim mir domowy, przyznawał jednak temu właścicielowi prawo działania w ramach samopomocy dozwolonej, przy której, według tego autora, obowiązują w przeciwieństwie do obrony koniecznej ograniczenia wynikające z zasady proporcjonalności i subsydiarności.[24] Nie sposób rozwodzić się nad faktem, że okoliczność ta nie może być aktualna pod rządami k.k. z r. 1969. Wystarczy zaznaczyć, iż jeszcze w okresie obowiązywania dawnego kodeksu ukształtował się w znacznej części doktryny i orzecznictwa pogląd, iż obrona konieczna ograniczona jest w pewnym zakresie obowiązywaniem obu tych zasad. Z uwagi na to, że przepis art. 22 § 1 k.k. nie wypowiada się niestety wyraźnie na ten temat, sprawa ta pozostanie dalej przedmiotem doktrynalnych polemik i, być może, rozbieżnych rozstrzygnięć organów wymiaru sprawiedliwości. Wydaje się przecież jednak nie do utrzymania w naszym państwie socjalistycznym pogląd, że osoba odpierająca zamach przy obronie koniecznej nie jest w żadnej mierze skrępowana koniecznością przestrzegania zasady proporcjonalności i subsydiarności.[25]

Powstaje problem dopuszczalności obrony koniecznej przed każdym zaniechaniem bezprawnym. Czy przysługuje obrona konieczna wobec dłużnika zwlekającego z oddaniem długu, podobnie jak wynajmującemu lokal w stosunku do najemcy nie opuszczającemu lokalu po wygaśnięciu umowy? Niewątpliwie pozytywna odpowiedź na te pytanie byłaby nie

---

[24] M a k a r e w i c z: *Obrona konieczna w stosunku do zaniechania*, s. 12.

[25] Por. np. H. R a j z m a n: *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, Wydawn. Zrzesz. Prawn. Polskich, Warszawa 1970, ss. 10—12.

do przyjęcia w systemie socjalistycznego porządku prawnego. Również J. Makarewicz, atakując ogólną tezę Mezgera i Hippla, że zaniechanie wtedy jest zamachem na obce interesy, jeżeli zachodzi obowiązek do działania — nie mógł pogodzić się z myślą, aby dłużnik nie płacący w terminie miał być narażony na akty gwałtu, mające być bezkarnym (nawet prawnym) wykonywaniem obrony koniecznej.[26] Dla tych autorów, którzy jak np. S. Śliwiński dopuszczają obronę konieczną tylko wobec skutkowego zaniechania, rozwiązanie jest proste: zarówno dłużnik nie płacący długu, jak i lokator nie opuszczający w stosownym czasie lokalu, nie dopuszczają się „zamachu", ponieważ ich zaniechanie jest bezskutkowe, nie zmierza do wywołania zmiany w świecie zewnętrznym.[27]

Odpowiednimi przykładami zaniechań starałem się podważyć słuszność rozróżniania przy analizie „zamachu" skutkowego i bezskutkowego zaniechania. Obrona konieczna służy przed „bezprawnym zamachem", nie tylko kryminalnie bezprawnym, lecz także i cywilnie bezprawnym. Czy wynika z tego, że należy oceniać zaniechanie dłużnika w podanym wyżej przykładzie jako zamach bezprawny, o którym stanowi art. 22 § 1 k.k.? Klucz do uzyskania prawidłowej odpowiedzi tkwi w nie zdefiniowanym w k.k. słowie „zamach". W słownikowych objaśnieniach słowo „zamach" określane bywa zwykle przy pomocy wyrażeń: gwałtowne działanie, czyn gwałtowny, targnięcie się na co lub na kogo, przeciw czemu lub komu, zorganizowana akcja; np.: zamach gwałtowny, polityczny, stanu, skrytobójczy, terrorystyczny. Oceniając semantycznie, zaniechanie nie jest więc chyba zamachem. Skoro zaś prawo karne posługuje się pojęciem bezprawny zamach, wypada nam się w jakiś sposób liczyć z językowym znaczeniem tego słowa.[28] Jeżeli za zamach uważamy niekiedy również zaniechanie, a mianowicie zaniechanie przestępne, zatem społecznie niebezpieczne i zagrożone w ustawie karą, to nie znaczy, aby wolno nam było traktować jako zamach każdą bezprawną pasywność sprawcy. Ustawodawca przy tworzeniu ustawy karnej operuje również pojęciami „rażące naruszenie porządku prawnego" (art. 29 § 2, 78 § 2, 95 § 2), „poważne niebezpieczeństwo dla porządku prawnego" (art. 99 § 1, 100 § 1); pojęciu „bezprawny zamach" przyznać trzeba wyższą moc; w jego treści znajdujemy podkreślenie takiego naruszenia porządku prawnego, które zasłu-

---

[26] Makarewicz: *op. cit.*, s. 8.

[27] Śliwiński: *op. cit.*, s. 151.

[28] Por. *Podręczny słownik języka polskiego*, Warszawa 1957, s. 451; Szober: *Słownik poprawnej polszczyzny*, Warszawa 1957, s. 784; *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1968, s. 971; *Słownik języka polskiego*, t. X, Warszawa 1968, ss. 608—609. Świadectwem takiego stanu rzeczy jest spotykane niekiedy w doktrynie i orzecznictwie utożsamianie „zamachu" z napadem lub atakiem, których pojęciowo sprawca może się dopuścić jedynie przez działanie, akcję czynną.

guje na napiętnowanie mianem „zamach". Wolno sądzić, że nie każde naruszenie porządku prawnego przez d z i a ł a n i e stanowi zamach bezprawny.[29] Przesadą byłoby określenie tym mianem naruszenia przez pasażera samych li tylko przepisów porządkowych obowiązujących w publicznych środkach komunikacji; wypadnie tutaj mówić jedynie o naruszeniu prawa, a nie bezprawnym zamachu. Wynikałoby z tego, że na kwalifikację bezprawnego zachowania się jako zamachu ma wpływ również charakter przedmiotu ochrony prawnej.

Nie można także pominąć milczeniem faktu, że bezprawne zaniechanie z reguły wykazuje mniejszy stopień społecznego niebezpieczeństwa w porównaniu z odpowiadającym mu bezprawnym działaniem. Regułą w prawie karnym jest odpowiedzialność karna za działanie. Przekonuje o tym dowodnie lektura kodeksów karnych państw socjalistycznych i kapitalistycznych, jak również powstała na ich gruncie praktyka wymiaru sprawiedliwości. Można i trzeba mówić, rzecz prosta, o różnych modelach karalności zaniechania. I tak np. o ile w romańskim systemie prawa karnego (Francja, Belgia) zaniechanie jest karalne tylko w nielicznych wypadkach, o tyle w systemie germańskim (oba państwa niemieckie, Austria, Szwajcaria) krąg karalnych zaniechań jest stosunkowo szeroki. W obfitującej w wartościowe studia nad zaniechaniem niemieckiej doktrynie prawa karnego reprezentowany jest przez niemałą liczbę teoretyków pogląd, że zaniechanie jest mniej karygodne *(strafwürdig)* w stosunku do korespondującego z nim działania. Warto wskazać, że doktryna i orzecznictwo zachodnioniemieckie stale wykazują tendencję do kwalifikowania przestępnego zaniechania, jeżeli tylko zachodzą ku temu warunki, jako pomocnictwa przez zaniechanie, a nie jako współsprawstwa lub sprawstwa równoległego przez zaniechanie.[30] Tłumaczy się to tym, że na terenie k.k. Rzeszy Niemieckiej pomocnictwo może być łagodniej karalne niż sprawstwo (§ 49 pkt 2) i stąd figura prawna pomocnictwa przez zaniechanie stała się dogodna dla łagodniejszego karania zaniechania niż porównywalnego z nim działania. W doktrynie niemieckiej zgłasza się od dawna postulaty *de lege ferenda* wprowadzenia przepisu przewidującego fakultatywne lub nawet obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary w razie skazania sprawcy za tzw. niewłaściwe przestępstwo z zaniechania. Stanowisko takie reprezentował w szczególności Armin Kaufman, który wywodzi, że wartość winy i bezprawia nie jest taka sama

[29] Dostrzegając ten fakt L. Lernell idzie jednak za daleko wywodząc: „Na ogół możemy uważać zachowanie ludzkie jako nacechowane zagrożeniem o szczególnym nasileniu, a więc jako zamach, gdy stanowi on czyn zabroniony przez prawo karne" L. L e r n e l l: *Wykład prawa karnego, Część ogólna*, t. I, Warszawa 1969, s. 221.

[30] Por. C. R o x i n: *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg 1963, s. 502.

w wypadku, gdy przewodnik górski będący dla turysty gwarantem (tj. osobą mającą szczególny prawny obowiązek jego ochrony) porzuci go w sytuacji niebezpiecznej dla życia czy też zamorduje tego turystę (przez działanie).[31] Te postulaty doktryny zostały w końcu przez ustawodawcę urzeczywistnione, gdyż § 13 pkt 2 nowej części ogólnej k.k. NRF (reforma ta wejdzie w życie dopiero 1 X 1973 r.) daje możność nadzwyczajnego złagodzenia kary w razie tzw. *Begehen durch Unterlassen.* Przytoczone argumenty zmierzają do wykazania, że bezprawne zaniechanie może stanowić zamach bezprawny, gdy chodzi o zaniechanie przestępne i to bez względu na to, czy w grę wchodzi *delictum mere omissivium,* czy też *per omissionem comissum.* Natomiast z reguły nie będzie stanowiło zamachu bezprawnego inne bezprawne zaniechanie.

Pozostaje z kolei uwzględnić pogląd W. Woltera z ostatnich dni. Autor ten pisze: „zaniechanie może stanowić zamach jedynie w wyjątkowych wypadkach, o ile chodzi o utrzymanie jakiegoś stanu rzeczy, a to wtedy, gdy zmiana tego stanu rzeczy może nastąpić wyłącznie przez ściśle osobiste zachowanie się innej osoby, jak ma to miejsce w razie bezprawnego przebywania intruza w cudzym mieszkaniu itp.[32] Stanowisko to wyraźnie odbiega od kursujących koncepcji, ponieważ uwalnia się od zaklętego kręgu oceniania zaniechania jako zamachu pod kątem widzenia jego struktury, jako przestępstwa skutkowego lub formalnego. Należy żałować, że uczony ten, jak dotychczas, szerzej nie rozwinął i uzasadnił swego poglądu, stąd też może wywołać on (być może niesłusznie) pewne wątpliwości. Jeżeli prawidłowo odczytuje się podaną dyrektywę uznania zaniechania jako zamachu, to należy nie uznać za zamach morzenia głodem przez matkę swego dziecka, ponieważ zmiana tego bezprawnego stanu rzeczy może nastąpić również nie poprzez ściśle osobiste zachowanie się sprawczyni (dziecko może nakarmić i nie matka). Wolno sądzić, że w sytuacji, gdy — używając słów W. Woltera — „utrzymanie jakiegoś stanu rzeczy" da się uchylić w inny sposób, to okoliczność ta nie może negować istnienia tego „stanu rzeczy", który jest bezprawnym zamachem, lecz owa okoliczność przesuwa ocenę podanego wypadku na teren obowiązywania w określonych granicach zasady subsydiarności przy obronie koniecznej. Z kolei wydaje się, że dyrektywa W. Woltera posuwa się zbyt daleko co do wypadków zaniechań cywilnie bezprawnych, które trzeba byłoby uznać za zamachy bezprawne. Najemca lokalu, po-

---

[31] A. Kaufmann: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, ss. 300—303.

[32] W. Wolter: *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.*, Kraków 1970, s. 159.

zostający w nim po wygaśnięciu umowy najmu, dopuszczałby się zamachu bezprawnego, wobec którego służyłaby obrona konieczna, ponieważ „zmiana takiego stanu rzeczy może nastąpić wyłącznie przez ściśle osobiste zachowanie się innej osoby."

Problematyka obrony koniecznej przed zaniechaniem absorbuje również uwagę doktryny innych krajów. Ograniczyć się należy do wskazania (będącego próbą krytycznego ustosunkowania się) na nowsze wypowiedzi doktryny radzieckiej i zachodnioniemieckiej. Większość radzieckich teoretyków przeczy możności wystąpienia obrony koniecznej przed zaniechaniem. W. Kiriczenko stwierdza, że atakiem *(napadienijem)* z punktu widzenia teorii obrony koniecznej może być tylko działanie; przeciwko zamachowi urzeczywistnionemu drogą zaniechania obrona konieczna bowiem nie jest możliwa.[33] Stanowisko to jest niezrozumiałe, ponieważ art. 13 obowiązującego w danym czasie k.k. RSFRR z r. 1926 dopuszcza obronę konieczną przed zamachem (posiagatielstwom) a nie przed atakiem, napadem (napadienijem). Zastanawia to tym bardziej, że uprzednio W. Kiriczenko trafnie zauważył, że „społecznie niebezpieczny zamach przeciw dobrom prawnym, może wystąpić, jeśli chodzi o stronę przedmiotową, zarówno w postaci działania, jak i zaniechania".[34] M. Szargorodski jest zdania, że bezkarne wypadki wyrządzenia szkody sprawcy przestępnego zaniechania należy oceniać na gruncie stanu wyższej konieczności, a nie obrony koniecznej (np. gdy chodzi o zmuszenie do właściwego działania nie przestawiającego zwrotnicy w przestępnym celu)[35]. N. Pasze-Ozierski uważa, że przeciw dopuszczeniu obrony koniecznej przed zamachem w formie zaniechania przemawia fakt, że radziecka praktyka sądowa nie zetknęła się nigdy z takim wypadkiem.[36] Poglądy M. Szargorodskiego i N. Pasze-Ozierskiego w pełni podziela I. Tiszkiewicz[37], krytycznie zaś do nich ustosunkowuje się T. Szawgulidze[38]. Ten ostatni trafnie dowodzi, że podstawową cechą stanu wyższej konieczności (art. 14 zasad ustawodawstwa karnego) jest to, że szkoda powinna być wyrządzona osobie, która nie jest źródłem niebezpieczeństwa dla chronionego dobra prawnego. W podanym przez M. Szargorodskiego przykładzie ze zwrotniczym dopuszczającym się przez zaniechanie za-

---

[33] W. Kiriczenko: *Osnownyje woprosy uczenija o nieobchodimoj obronie w sowietskom ugołownom prawie,* Moskwa—Leningrad 1948, s. 18.

[34] *Loc. cit.*

[35] M. Szargorodski: *Woprosy obszczej czasti ugołownego prawa,* Leningrad 1955, s. 87.

[36] N. Pasze-Ozierski: *Nieobchodimaja obrona i krajniaja nieobchodimost',* Moskwa 1962, s. 34.

[37] I. Tiszkiewicz: *Usłowija i priediety nieobchodimoj oborony,* Moskwa 1969, ss. 9—10.

[38] T. Szawgulidze: *Nieobchodimaja oborona,* Tibilisi 1966, ss. 43—50.

machu, szkodę wyrządza się właśnie jemu, będącemu bezpośrednim źródłem niebezpieczeństwa [39] i dlatego brak jest podstaw do rozpatrywania tego wypadku jako aktu stanu wyższej konieczności. Nie mogą też przekonać T. Szawgulidze racje N. Pasze-Ozierskiego, ponieważ mają one charakter czysto empiryczny; z faktu, że publikowane orzecznictwo nie dostarcza wiadomości o obronie koniecznej przed zaniechaniem nie wynika, iż spraw takich nie ma i nie może być w życiu. Innego zdania są w tej kwestii I. Słucki i wspomniany już T. Szawgulidze. I. Słucki zauważa, że zapatrywanie nie dopuszczające obrony koniecznej przeciw zamachowi wykonanemu przez zaniechanie wynika z błędnego przeciwstawienia sobie działania i zaniechania, które w prawie przedstawiają się jako różne formy ujawnienia aktywnego zachowania się człowieka.[40] T. Szawgulidze, twierdząc, że obrona konieczna przysługuje wobec społecznie niebezpiecznego zaniechania, zastrzega, że musi to być zaniechanie przyczynowe. Jednym z warunków przyjęcia kauzalności zaniechania jest ustalenie, że zaniechającego obciążał szczególny prawny obowiązek do wykonania określonego działania. W razie gdy zaniechanie sprawcy ma charakter formalny, o obronie koniecznej nie może być mowy. Tak więc użycie przez *A* przemocy w stosunku do kierowcy wzbraniającego się odwieźć rannego do szpitala (kierowca taki dopuszcza się przestępstwa pozostawienia w niebezpieczeństwie — art. 127 k.k. RSFRR) T. Szawgulidze nie ocenia jako aktu obrony koniecznej. Wychodzi on z założenia, że zaniechanie kierowcy, chociaż przestępne, nie ujawnia jednak więzi przyczynowej z ewentualnym społecznie niebezpiecznym skutkim (pozbawieniem życia); kierowca nie jest zatem bezpośrednim źródłem niebezpieczeństwa i dlatego jego bierność nie stwarza sytuacji właściwej dla obrony koniecznej. Działanie *A*, jeśli nie mając innego wyjścia poświęcił on dobro prawne kierowcy dla ochrony dobra większej wartości, należy oceniać jako akt stanu wyższej konieczności (art. 14 Zasad ustawodawstwa karnego).

Powyższy wywód T. Szawgulidze zasługuje na krytyczne rozpatrzenie. Pogląd, że tylko skutkowe zaniechanie może stanowić zamach, ponieważ tylko tutaj zaniechający jest źródłem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, znajdować może niejakie oparcie tylko w teorii przyjmującej kauzalność zaniechania. Jak wiadomo, w europejskiej nauce prawa karnego toczy się od blisko dwustu lat spór co do istoty skutkowych przestępstw z zaniechania; problem jest następujący: czy przy tego

[39] Trafniej można to określić jako poświęcenie przez osobę działającą w stanie konieczności dobra prawnego należącego do sprawcy niebezpieczeństwa; ten stan konieczności typowy jest dla obrony koniecznej.

[40] I. Słucki: *Obstojatielstwa iskluczajuszczije ugołownuju otwietstwiennost'*, Leningrad 1956, s. 62.

rodzaju przestępstwach może wchodzić w grę związek przyczynowy między zaniechaniem i skutkiem, czy też podstawa ich karalności polega na czymś innym, mianowicie na naruszeniu szczególnego prawnego obowiązku przeszkodzenia nastąpieniu skutku przestępnego, które to naruszenie stoi na równi z wywołaniem tego skutku przez działanie. Miałem już gdzie indziej możność opowiedzenia się za reprezentowaną u nas przez W. Woltera teorią negującą kauzalny charakter zaniechania.[41] Nie miejsce teraz na omawianie tych wysoce kontrowersyjnych kwestii. Podany przez T. Szawgulidze przykład z kierowcą odmawiającym pomocy skłania jednak do krótkiej uwagi. Pasywności tego kierowcy autor nie traktuje jako źródła niebezpieczeństwa, mimo że dla kodeksu karnego jest ono przestępne, natomiast uznałby z pewnością za źródło niebezpieczeństwa przyczynę sprawczą ewentualnego wystąpienia skutku przestępnego (śmierci ofiary) zaniechanie udzielenia pomocy przez kierowcę, który okazał się gwarantem ofiary, np. jej ojcem. Można mieć niejakie wątpliwości, czy rzeczywiście jesteśmy uprawnieni do twierdzenia z całą stanowczością, że przy skutkowych przestępstwach z zaniechania w przeciwieństwie do formalnych przestępstw z zaniechania zachowujący się pasywnie podmiot jest źródłem niebezpieczeństwa dla danego dobra prawnego. W danym układzie sytuacji faktycznej może to przecież różnie wyglądać: nieudzielenie pomocy ofierze przez nie-gwaranta, w wypadku gdy tylko on jeden mógł to skutecznie uczynić, można by traktować, używając nomenklatury stronników kauzalności zaniechania, jako źródło niebezpieczeństwa dla życia ofiary. Kryterium „źródło niebezpieczeństwa" dla zaniechania, jak się wydaje, ma charakter bardziej faktyczny niż prawny. Do pociągnięcia zaniechającego do odpowiedzialności karnej za skutkowe przestępstwo kryterium koniecznym, a jednocześnie wystarczającym, jest ustalenie, że naruszył on ciążący na nim szczególny prawny obowiązek działania i że w razie podjęcia działania można przyjmować z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, iż jego działanie przeszkodziłoby lub utrudniłoby wystąpienie skutku przestępnego. W końcu T. Szawgulidze nie dostrzega pewnych trudności wiążących się z przyjęciem jego poglądu. Otóż w prawie karnym republik radzieckich przesłanką obrony koniecznej jest społecznie niebezpieczny zamach. Ściśle biorąc nie musi on być bezprawny kryminalnie czy w ogóle bezprawny. Otóż w tym ostatnim wypadku niełatwo coś powiedzieć, czy dane zaniechanie społecznie niebezpieczne ma charakter skutkowy albo bezskutkowy, gdyż dopiero przepis prawa nadaje mu odpowiednią postać, niejako ustalając jego strukturę. Jakże potraktować konkretny wypadek nieprzeszkodzenia przestępstwu, np. zgwałceniu, jeśli to zaniechanie ze

---

[41] A. Wąsek: *Pomocnictwo przez zaniechanie*, „Państwo i Prawo" 1971, z. 7, s. 103, przypis 16.

względów jurydycznych jest nieprzestępne, jednak wykazuje odpowiedni stopień społecznego niebezpieczeństwa. Odpowiedź na pytanie, czy takie społecznie niebezpieczne zaniechanie stanowiące zamach miałoby być uzależnione od oceny jego struktury: *mere omissivum* lub *per omissionem comissum*, a tu właśnie brak jego prawnego określenia. Można by tu wprawdzie poszukiwać analogii z instytucją pomocnictwa przez zaniechanie, ale to mogłoby być wątpliwe.

W literaturze zachodnioniemieckiej tylko Hellmuth Mayer i Kohlrausch-Lange stwierdzają, że zamach *(Angriff)* może stanowić tylko działanie.[42] H. Jagusch, E. Mezger, J. Baumann, R. Maurach, K. Lackner-H. Maassen, E. Dreher i A. Schönke-H. Schröder [43] uznają, że zamach może polegać również na zaniechaniu, jeżeli istniał prawny obowiązek do działania; E. Mezger i R. Maurach nie zaznaczają wyraźnie, że ma tu chodzić o obowiązek prawny. Nie wdając się w szczegółowe wyjaśnienia, autorzy ci wyłączają z pojęcia zamach „czyste" zaniechania, co ma się np. odnieść do niewypełniania cywilnych zobowiązań. Chociaż dla H. Welzla zamachem jest zasadniczo pozytywne zachowanie się, a nie czyste niedziałanie, jednakże uznaje on za zamach również *„die Verwirklichung eines Begehungsverbrechen durch Unterlassen."*[44] Wiadomo, że na terenie k.k. Rzeszy Niemieckiej obrona konieczna przysługuje nie tylko wobec czynów przestępnych (§ 53). Podkreśla to sam H. Welzel; jeżeli natomiast chodzi o obronę konieczną przed zaniechaniem, to kwalifikuje on jako zamach tylko wskazane przezeń wypadki przestępnego zaniechania. Można z tego wyciągnąć ostrożnie wniosek, że również H. Welzel, podobnie jak autor niniejszego szkicu, uważa zaniechanie za zamach wtedy, gdy ma ono charakter przestępny. Nie bardzo zrozumiałe jest tylko ograniczanie przez tego autora pojęcia zamachu przez zaniechanie tylko do *„Begehungsdelikt durch Unterlassen" (unechte Unterlassungsdelikt)*, tak więc do zaniechania, które nie zostało wyraźnie zagrożone karą w ustawie.[45] Takie ograniczenie jest sztuczne, ponieważ równie dobrze zamachem jest statu-

---

[42] Por. Hellmuth Mayer: *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Stuttgart und Köln 1953, s. 203; Kohlrausch-Lange: *Strafgezetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen,* Berlin 1959, s. 204.

[43] Por. H. Jagusch [w:] *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar,* Berlin 1957, s. 401; E. Mezger: *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* München und Berlin 1960, s. 117; J. Baumann: *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Bielefeld 1961, s. 235; R. Maurach: *Deutsches Strafrecht, Algemeiner Teil,* Karlsruhe 1965, s. 517; K. Lackner — H. Maassen: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen,* München und Berlin 1967, s. 123; E. Dreher: *Strafgesetzbuch und Nebebgesetze,* München 1970, s. 310; A. Schönke — H. Schröder: *Strafgesetzbuch, Kommentar,* München 1970, ss. 460—461.

[44] H. Welzel: *Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung,* Berlin 1965, ss. 77—78.

[45] *Ibid.,* ss. 182—183.

owane wyraźnie w ustawie (skutkowe lub formalne) przestępstwo z zaniechania.

Swoiście podchodzi do tej kwestii E. Schmidhäuser, oceniając jako zamach poza działaniem również wywołany przez uprzednie działanie trwały stan przeciwprawny, np. stan pozbawienia wolności, pozostawanie intruza wbrew woli właściciela w jego mieszkaniu. Pozostałe wypadki przeciwobowiązkowego zaniechania (niewypełnienie zobowiązania, nieudzielenie pomocy przez lekarza ofierze nieszczęśliwego wypadku, morzenie dziecka przez matkę) nie są zamachami, nie służy przeciwko nim obrona konieczna; w grę może natomiast wejść dozwolona samopomoc.[46] Jak z tego widać, E. Schmidhäuser uznaje za zamach przestępstwo niezbyt ciężkiego kalibru — naruszenie miru domowego, podczas gdy odmawia tego miana zabójstwu popełnionemu przez matkę na swym dziecku. Wątpliwość tego autora dotycząca praktycznego aspektu tej sprawy, czy możliwa jest pomoc konieczna poprzez naruszenie dóbr owej matki, łatwo przecież wyjaśnić: żądane od zaniechającej sprawczyni zachowanie się może być wymuszone nie tylko poprzez naruszanie jej nietykalności cielesnej, ale również drogą znieważania.

II. OBRONA KONIECZNA PRZEZ ZANIECHANIE

W dawnej doktrynie prawa karnego spotkać można podział obrony koniecznej na obronę aktywną (właściwą, ofensywną) i pasywną (niewłaściwą, defensywną). Współczesna nauka — jak podkreśla A. Krukowski — uznaje na ogół jednolicie ofensywny charakter obrony koniecznej, a więc i działań w jej ramach podjętych przez broniącego się; czynności czysto defensywne, pasywne, polegające na samym odparowywaniu ciosu czy uchyleniu się od zamachu są natomiast prawnie obojętne.[47] Ustaliło się wskutek tego określenie obrony koniecznej jako kontrataku, ofensywy na dobro napastnika.[48] Czy przy tym stanie rzeczy możliwa jest obrona konieczna poprzez zaniechanie? Czy pojęcie kontrataku (ofensywy) przez zaniechanie nie jest w ogóle bliskie wewnętrznej sprzeczności? L. Lernell konstatując fakt, że art. 22 § 1 k.k. nie używa w przeciwieństwie do art. 21 k.k. z r. 1932 sformułowania „kto działa w obronie koniecznej", wyprowadza stąd wniosek, iż nie ma przeszkód do sądzenia, że odparcie zamachu może polegać także na zaniechaniu.[49]

---

[46] E. Schmidhäuser: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen 1970, ss. 268—269.

[47] Krukowski: *op. cit.*, ss. 58—59.

[48] Por. np. Śliwiński: *op. cit.*, s. 157; Gubiński: *op. cit.*, s. 20; Krukowski: *op. cit.*, s. 60.

[49] Lernell: *op. cit.*, ss. 225—226. Por. też. I. Andrejew: *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 174.

Przyjąć przecież trzeba, że na tym odcinku zmiana w nowym k.k. nie nastąpiła Po pierwsze dlatego, że w art. 22 § 2 k.k. mimo wszystko mówi się: „Działa w obronie koniecznej w szczególności ten [...]", po drugie zaś słowo „działa" nie znaczy tyle co „działanie". Również na gruncie art. 23 § 1 k.k., gdzie użyte zostało słowo „działa", przyjąć trzeba, że stan wyższej konieczności może polegać na zaniechaniu.[50] W pełni trafnie wywodzi więc H. Rajzman: „Słowo «działa» nie ścieśnia normy art. 23 k.k. w granicach pozytywnego działania sprawcy, wykluczając wypadki biernego zachowania się, zaniechania (por. art. 120 § 1 k.k., stanowiący o czynie »zabronionym« jako o »działaniu« lub »zaniechaniu«). W k.k. »działa« nigdzie nie znaczy tyle co «przedsiębierze działanie». Na takie utożsamienie nie pozwala odnoszenie w k.k. słowa «działa» z reguły do przestępstw nieumyślnych, chociaż niejedno z nich polega na zaniechaniu." Sformułowania art. 23 i 22 przekonują, że k.k. dopuszcza ewentualność obrony koniecznej i wyższej konieczności także poprzez zaniechanie."[51]

---

[50] Żadne bowiem racjonalne względy nie mogą przemawiać przeciwko pojmowaniu w tym przepisie słowa „działa" jako „przedsięweźmie działanie lub zaniecha działania". Konstruując typy przestępstw formalnych z zaniechania (np. nieudzielenie pomocy, niezameldowanie o przestępstwie) ustawodawca w odnośnych przepisach wskazuje jednocześnie, kiedy działanie nie jest wymagane. Chodzi tu o wypadki *sui generis* stanu wyższej konieczności, które zdaniem doktryny wyłączają na zasadzie *lex specjalis derogat legi generali* stosowanie przepisu o stanie wyższej konieczności z części ogólnej k.k. Por. H. Rajzman: Glosa do wyroku SN z 10 VII 1957 r. (IV K 78/57), OSPiKA 1958, ss. 266—267. Przy skutkowych przestępstwach z zaniechania stosowanie „ogólnego stanu wyższej konieczności" wykazuje pewne osobliwości. Jeśli gwarant zobowiązany do przeszkodzenia nastąpieniu skutku przestępnego zaniecha przedsiębrania nakazanego mu działania z obawy przed narażeniem własnego dobra prawnego, którego wartość nie jest oczywiście mniejsza od wartości dobra narażonego na niebezpieczeństwo, to wypadek ten różni się od zwykłego (z „działania") stanu wyższej konieczności tylko o tyle, że sprawca (gwarant) nie zamierza uchylić niebezpieczeństwa zawisłego nad własnym dobrem, lecz przez swe zaniechanie nie wprowadził własnego dobra w stan bezpośredniego zagrożenia. Zgodzić się trzeba z W. Spillmannem (*Die Strafausschliessungsgründe im schweizerischen Strafgesetzbuch*, Winterthur 1963, s. 53), że bezpośrednie niebezpieczeństwo istnieje nie tylko wtedy, gdy jest aktualne, lecz i wtedy, gdy grozi ono bezpośrednio i — dodajmy za A. Gubińskim (*op. cit.*, s. 32) — jest nieuchronne. Jeżeli gwarantowi grozi niebezpieczeństwo jako bezpośredni skutek jego działania, to powstrzymując się od wykonania działania może powołać się na postępowanie w ramach stanu wyższej konieczności. Skąpe uwagi na temat stanu wyższej konieczności i obrony koniecznej przez zaniechanie znaleźć można już u v. Buriego: *Nothstand und Notwehr*, „Gerichtssal" 1878, t. XXX, ss. 475—476.

[51] H. Rajzman: *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1970, s. 12. Stanowisko tego autora znajduje jeszcze oparcie w tekście przepisu art. 246 § 1 k.k. („Funkcjonariusz publiczny, który [...] nie dopełniając obowiązku działa na szkodę dobra społecznego lub jednostki").

Tak samo W. Wolter [52] i L. Lernell [53] zwracają uwagę, że obrona konieczna może polegać także na zaniechaniu; ten ostatni autor podaje nawet stosowny przykład: niewypuszczenie człowieka z zamkniętego pomieszczenia w obawie, że wydostając się na zewnątrz ta osoba kogoś pobije, zabije.

Odpowiednie przykłady na obronę konieczną przez zaniechanie podają niektórzy prawnicy niemieccy [54], a z radzieckich teoretyków T. Szawgulidze [55]. Zatrzymać się może warto nad przykładem T. Szawgulidze: gdy *A* napadnięty został przez chuliganów, na pomoc pospieszył jego tresowany pies. *A* mógł powstrzymać psa, jednakże nie uczynił tego, wiedząc, że jest to sposób uchronienia się od zamachu. Pies obronił swego pana, jednakże spowodował jednemu z chuliganów obrażenia cielesne. Jeśliby pies wyrządził szkodę osobie nie czyniącej zamachu na czyjeś dobro prawne, a właściciel tolerowałby takie zachowanie się psa, to wówczas właściciel powinien odpowiadać karnie za umyślne wyrządzenie szkody poprzez zaniechanie. W podanym stanie faktycznym zaniechanie *A* nie jest społecznie niebezpieczne, ponieważ skierowane było na zapobieżenie niebezpiecznego zamachu i co za tym idzie — stanowi zgodny z prawem akt obrony koniecznej. Przykład ten nie przekonuje I. Tiszkiewicza [56], który (podobnie jak N. Pasze-Ozierski [57]), jest zdania, że drogą zaniechania nie sposób bronić się. Nie stanowi więc obrony koniecznej przez zaniechanie — według I. Tiszkiewicza — powstrzymanie się od ochrony chuligana, którego napastuje oddany swemu panu pies; jeśli zaś tresowany pies zaatakuje przestępcę z polecenia swego pana będącego ofiarą przestępstwa, to wówczas wystąpi obrona konieczna przez działanie.

U podstaw twierdzenia I. Tiszkiewicza leży, nie oparte na ustawie, aksjomatyczne założenie, że obrona konieczna to tylko działanie. Zna-

---

[52] W. Wolter: *Problemy odpowiedzialności karnej nowego ustawodawstwa karnego*, Warszawa 1969, s. 67: „Nie można wykluczyć również w jakimś szczególnym wypadku obrony w postaci zaniechania." Por. też w doktrynie belgijskiej — A. Marchal, J. P. Jaspar: *Droit criminel*, Bruxelles 1965, s. 459: *„On peut dificielement imaginer l'omission de porter socours en état de défense légitime."*

[53] L. Lernell: *Wykład prawa karnego, Część ogólna*, t. I, Warszawa 1969, ss. 225—226.

[54] Por. L. Träger: *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf — und Zivilrecht: Festgabe für Enneccerus*, Marburg 1913, s. 26; J. Nagler: *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, „Gerichtssaal" 1939, t. 111, s. 74; Armin Kaufmann: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, ss. 135—136; J. Welp: *Vorangegangenes Tun als Grundlage eines Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin 1968, s. 226, przypis 389 i Schmidhäuser: *op. cit.*, 551.

[55] Por. Szawgulidze: *op. cit.*, ss. 98—99.

[56] Por. Tiszkiewicz: *op. cit.*, s. 110.

[57] Por. Pasze-Ozierski: *op. cit.*, ss. 55—56.

mienne jest, że autor ten unika w polemice z T. Szawgulidze odpowiedzi na pytanie, na jakiej zasadzie nie będzie odpowiadał za uszkodzenie ciała dokonane przez zaniechanie, właściciel psa atakującego chuligana dopuszczającego się zamachu na życie lub zdrowie jego pana. To właśnie „kontratyp" obrony koniecznej (przez zaniechanie) znajdzie tu pełne zastosowanie. Do jego przyjęcia brak jest przeszkód natury teoretycznej i praktycznej, zarówno w radzieckim, jak i w polskim prawie karnym.

III. ZANIECHANIE PO OBRONIE KONIECZNEJ

Niech za punkt wyjścia dalszych rozważań posłuży następujący stan faktyczny podany przez G. Rejman: Kobieta została zaatakowana w lesie przez rębacza drzewa. Robotnik chciał dokonać na niej gwałtu (w obecnym k.k. art. 168). Zaatakowana kobieta broniąc się wyjęła z torebki nóż i silnym ciosem ugodziła napastnika w okolice serca, uwalniając się w ten sposób od niego. Napastnik, zdając sobie sprawę z niebezpieczeństwa śmierci, prosił dziewczynę, aby zawiadomiła o jego stanie pracujących obok przy ścince drzewa kolegów. Nie zareagowała ona jednak na te prośby i odeszła szybko, w wyniku czego napastnik zmarł.[58] Zakładając, że broniąca się nie przekroczyła granic obrony koniecznej, zastanowić się należy nad odpowiedzią na postawione przez G. Rejman pytania: 1) czy brak reakcji na prośbę napastnika w sprawie udzielenia mu pomocy mieści się również w granicach obrony koniecznej, 2) czy kobieta będzie mogła odpowiadać z art. 164 k.k. (w obecnym stanie prawnym) za nieudzielenie pomocy człowiekowi znajdującemu się w bezpośrednim niebezpieczeństwie dla życia.

Należałoby nasamprzód bliżej ustalić, w jakiej sytuacji nastąpiła odmowa udzielenia pomocy. Jeżeli owa kobieta żywiła uzasadnioną obawę, że udzielając osobiście pomocy napastnikowi (lub, co byłoby bardziej realne, poprzez powiadomienie jego kolegów) narazi się przez to na jego (lub ich) zemstę, to wówczas w danym okresie nie byłaby obowiązana do udzielenia pomocy. Sprawcą przestępstwa nieudzielenia pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym niebezpieczeństwem utraty życia itd. może być bowiem tylko ten, kto odmawia pomocy mogąc jej udzielić bez narażenia siebie (lub innej osoby) na niebezpieczeństwo utraty życia lub poważnego uszczerbku zdrowia. Gdyby zaś uznać tę kobietę za gwaranta życia napastnika (o czym dalej), to wówczas jej zaniechanie podlegające ewentualnemu ukaraniu na podstawie normy przewidującej odpowiednie skutkowe przestępstwo z zaniechania (art. 155 § 1, 148 § 1 k.k.), należałoby jednak uznać za prawnie usprawied-

---

[58] G. Rejman: *Zbiór kazusów z części ogólnej prawa karnego*, Warszawa 1966, ss. 113—114.

liwione, ponieważ była to jej obrona konieczna przez zaniechanie (była o tym mowa w poprzedim punkcie). Jeżeli zaś okoliczności nieudzielenia pomocy były innej natury, np. takie jak motyw zemsty, obojętność wobec losu ofiary, wtedy brak będzie podstaw do przyjęcia szczególnego stanu wyższej konieczności z art. 164 § 1 k.k. (por. jednakże § 2 tego przepisu), czy też obrony koniecznej przez zaniechanie, jeśli chodzi o przestępne zaniechanie z art. 155 i 148 k.k. i wobec tego, przy spełnieniu wymagań co do strony podmiotowej, sprawczyni może ponieść odpowiedzialność karną na podstawie tych przepisów.

Nie powinna budzić zastrzeżeń kwalifikacja z art. 164 § 1 k.k. zaniechania udzielenia pomocy przez osobę działającą w ramach obrony koniecznej sprawcy zamachu bezprawnego, który w wyniku swego czynu znalazł się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Ustawa nie stawia wymagania, aby ofiara sama nie doprowadziła się bezpośrednio lub pośrednio do stanu, w którym potrzebuje pomocy. Pozostawienie bezkarnym nieudzielenie pomocy przez broniącego się (po obronie koniecznej) sprawcy zamachu z tego względu, że role tych osób teraz zmieniły się (uprzedni zamachowiec stał się ofiarą) mogłoby sprawiać wrażenie, iż obecnie bezpieczny dla porządku prawnego zamachowiec został całkowicie wyjęty spod ochrony prawa, za swój czyn musi ciężko odpokutować, ponieść niejako karę z ręki działającego w ramach obrony koniecznej.

Powstaje jednak dalszy problem, czy zranienie napastnika w ramach obrony koniecznej nie czyni broniącego się gwarantem życia i zdrowia tego napastnika po zakończeniu bezpośredniego bezprawego zamachu, a zatem, czy jego zaniechanie udzielenia pomocy nie ma już charakteru przestępstwa *mere omissivum* (art. 164 k.k.), lecz *per omissionem comissum* (art. 155, 148, 152 k.k.). W doktrynie i orzecznictwie polskim, przyjmującym w dziedzinie karalności zaniechania tzw. model germański [59], uznaje się, że jednym ze źródeł powstania szczególnego prawnego obowiązku do działania przy przestępstwach skutkowych z zaniechania jest uprzednie działanie sprawcy (ściślej — zachowanie się, bo może tu wystąpić i uprzednie zaniechanie) wywołujące lub potęgujące niebezpieczeństwo powstania skutku przestępnego.[60] To uprzednie zachowanie się rodzić

[59] W kwestii tej por. np. Śliwowski: *op. cit.*, ss. 117—120; A. Wąsek: *Pomocnictwo przez zaniechanie w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo" 1971, z. 7, ss. 98—99.

[60] Por. S. Glaser, A. Mogilnicki: *Kodeks karny, Komentarz*, Kraków 1934, s. 11, S. Śliwiński: *Dodatek prawno-karny*, „Państwo i Prawo" 1948, z. 8, s. 153; W. Wolter: Glosa do wyroku SN z 10 VII 1957 r. (IV K 78/57), „Państwo i Prawo" 1958, z. 2, s. 363 oraz Glosa do wyroku SN z 23 XII 1959 r. (III K 976/59), „Państwo i Prawo" 1960, z. 7, ss. 183—184; A. Gimbut: Glosa do wyroku

miałoby obowiązek prawny z prawa cywilnego, które (art. 415 k.c.) nakazuje naprawienie szkody przez tego, kto ją wyrządził w sposób zawiniony. Ta „podpórka prawna" nie zawsze jest pewna, gdyż nie każde uprzednie zachowanie się, wywołujące zdaniem doktryny obowiązek przeszkodzenia szkodliwym skutkom, jest jednocześnie bezprawne i zawinione, jak tego wymaga art. 415 k.c. W naszym wypadku (obrona konieczna) uprzednie zachowanie się wywołujące niebezpieczeństwo nastąpienia skutku przestępnego było ewidentnie czynem prawnym.[61] Poza tym doktryna i postępujące za nią orzecznictwa sądowe niejednokrotnie cofa się przed przyjęciem wszystkich konsekwencji uznania tego źródła obowiązku działania. Kwestia ta wystąpiła ze szczególną ostrością przy nieudzieleniu przez sprawcę przestępstwa pomocy ofierze swego czynu (najczęściej chodziło o tzw. ucieczkę kierowcy).[62] Trwanie do końca na stanowisku zobowiązującego charakteru uprzedniego działania nakazywałoby karać za zabójstwo osobę, która przez umyślne nieudzielenie pomocy ofierze swego przestępstwa (np. uszkodzenia ciała) dopuszcza do jej śmierci.[63]

Uprzednie zachowanie się sprawcy jest mało opracowaną i ugruntowaną figurą prawną. Wyraźnie przejawia się w judykaturze tendencja do raczej wąskiego formułowania podstaw odpowiedzialności karnej za skutkowe przestępstwa z zaniechania. Ta tendencja jest zgodna z gwarancyjną zasadą naszego prawa karnego. Jak wiadomo w k.k. (podobnie było i w k.k. z r. 1932) brak jest przepisu odpowiadającego art. 27 pro-

---

SN z 11 IV 1958 r. (IV K 175/58), OSPiKA 1960, nr 5, s. 297; K. Buchała: *Przestępstwa w komunikacji drogowej*, Warszawa 1961, ss. 197—198; W. Świda: *Prawo karne, Część ogólna*, Warszawa 1961, s. 93; Śliwiński: *op. cit.*, s. 119; H. Rajzman: *Zarys wykładu prawa karnego*, Rzeszów 1968, s. 55; I. Andrejew: *op. cit.*, s. 105.

[61] Zakres unormowania obrony koniecznej w k.k. (art. 22) i k.c. (art. 423) jest jednakowy.

[62] Kontrowersyjne w tym przedmiocie ustalenia da się *mutatis mutandis* odnieść i do wypadku zaniechania udzielenia pomocy uprzedniemu napastnikowi przez broniącego się, który jednakże przekroczył granice obrony koniecznej. Przykład: *A* przekraczając granice obrony koniecznej dopuścił się wobec *B* ciężkiego uszkodzenia ciała (art. 155 § 1 k.k. w zw. z art. 22 § 3 k.k.); nieudzielenie przez *A* pomocy *B* może wywołać śmierć tego ostatniego.

[63] Krytyczne zestawienie poglądów na ten temat przynoszą prace Z. Sobolewskiego: *Obowiązek sprawcy przestępstwa udzielenia pomocy ofierze jego czynu*. Ann. Univ. Mariae Curie-Skłodowska, sectio G, vol. XIV (1967), Lublin 1968 oraz A. Zolla: *Odpowiedzialność karna kierowcy za spowodowanie wypadku i nieudzielenie pomocy jego ofierze*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 1969, nr 1, s. 24.

jektu k.k. z r. 1963.[64] W tych warunkach „prawotwórcza" (czy cudzysłów jest tu potrzebny, to sprawa dyskusyjna) rola doktryny i orzecznictwa, jeśli chodzi o ustalanie zasad karalności skutkowych przestępstw z zaniechania (najbardziej chyba kontrowersyjne jest zagadnienie formułowania zasad odnoszących się do charakteru, zakresu, treści obowiązków do działania), powinna być ograniczona do niezbędnego kryminalno-politycznie minimum. W przypadkach, w których nie utorowano jeszcze drogi do trafnych rozwiązań, należałoby się wstrzymać z forsowaniem tez zmierzających do nadmiernego spenalizowania zaniechania. W szczególności nieprzestrzeganie zasady, że jedną z podstaw pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy za skutkowe przestępstwo z zaniechania jest naruszenie ciążącego na nim szczególnego prawnego obowiązku do działania, może doprowadzić w praktyce do niepomiernego rozdęcia granic skutkowych przestępstw z zaniechania.

Szereg argumentów przeciwko uznaniu stanowiska gwaranta osoby broniącej się w ramach obrony koniecznej, znaleźć można w doktrynie niemieckiej. W doktrynie tej już od dawna zarysowała się rozbieżność sądów co do tego, czy ranienie zamachowca w obronie koniecznej czyni broniącego się gwarantem życia zamachowca, czy też nie. Pozytywnej odpowiedzi na to pytanie udzielają: L. Träger, H. Drost, A. Vogt, H. Granderath, J. Baumenn, R. Maurach, J. Welp oraz, według informacji Granderatha i J. Welpa, P. Nahstoll, autor pracy specjalnie temu tematowi poświęconej.[65] Przeciwnego zdania są natomiast R. v. Hippel, E. Mezger, G. Dahm, W. Sauer, H. Henkel, H. J. Rudolphi, H. Welzel, E. Dreher, A. Schönke — H. Schröder, E. Schmidhäuser oraz Bundesgerichtshof w wyroku z 29 VII 1970 r.[66] Analiza opracowań wyżej wymienionych

---

[64] Art. 27: „Za przestępstwo skutkowe, tj. dokonane z chwilą nastąpienia skutku określonego w ustawie, odpowiada nie tylko, kto działaniem swym skutek ten spowodował, ale także, kto wbrew szczególnemu obowiązkowi nie przeszkodził w jego nastąpieniu." Art. 433 § 8: „Obowiązek. Obowiązek oznacza tylko obowiązek prawny".

[65] Por. Träger: *op. cit.*, s. 106; H. Drost: *Der Aufbau der Unterlassungsdelikte*, „Gerichtssaal" t. 109, s. 21; A. Vogt: *Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1951, z. 4, s. 403; H. Granderath: *Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Freibourg im Breisgau 1961, ss. 202—208; Baumann: *op. cit.*, ss. 201—202; R. Maurach: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe 1965, s. 517; Welp: *op. cit.*, ss. 266—273; P. Nahstoll: *Unterlassen nach Notwehr, Diss.*, Heidelberg 1951, *passim*.

[66] R. v. Hippel: *Deutsches Strafrecht*, Zweiter Band, Berlin 1930, s. 166, przypis 7; E. Mezger: *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, München und Leipzig 1930, s. 147; G. Dahm: *Bemerkungen zum Uterlassungsproblem*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 1930, t. 59, s. 179; W. Sauer: *Allgemeine Straf-*

autorów potwierdza wielką złożoność problemu uprzedniego działania *(vorangegangenes Tun, Ingerenz)* jako źródła stanowiska gwaranta *(die Garantenstellug)*. H. Welzel przypomina aktualność również dzisiaj stwierdzenia R. Franka, że zagadnienie *Ingerenz* to *ein ungelöstes Problem*. I tak jest w rzeczywistości. Pogłębione studia wielu autorów doprowadziły tylko do jeszcze większego zamieszania w tej dziedzinie. Nie wynika to wyłącznie z tendencji do oryginalności poglądów teoretyków niemieckich, lecz sam przedmiot tych rozstrząsań stwarza szczególne trudności przy formułowaniu ogólnych reguł oraz konstrukcji prawnych odpowiadających rozwiązaniom zgodnych z poczuciem prawnym. Wyłania się jednak następna trudność. Dotychczasowy brak w k.k. Rzeszy Niemieckiej przepisu dotyczącego odpowiedzialności karnej za zaniechanie (§ 13 *„Begehen durch Unterlassen"* wprowadziła dopiero ustawa z 4 VII 1969 r.; przepis ten, jak wspomniano, wraz z całą nową częścią ogólną k.k. wejdzie w życie 1 X 1973 r.) orientował siłą rzeczy proponowane przez poszczególnych autorów rozwiązania na społeczne poczucie prawne, które z braku przeprowadzenia odnośnych badań empirycznych było zwykle niczym innym niż poczuciem prawnym danego autora. Pora wrócić do tematu. Jako reprezentatywne dla przeciwnych stanowisk dotyczących gwaranta życia i zdrowia napastnika niech posłużą prace H. Granderatha i H. J. Rudolphiego.

H. Granderath nie widzi żadnego powodu do wyprowadzenia z kategorii „uprzedniego niebezpiecznego działania" aktów obrony koniecznej. Kwalifikacja prawna uprzedniego zachowania się jest dla niego obojętna. Może to być równie dobrze czyn zgodny z prawem lub bezprawny, bezprwany cywilnie lub kryminalnie, czyn zawiniony lub niezawiniony.[67] Nie przekonuje go H. Welzel wskazujący, że to właśnie napastnik jest sprawcą swego nieszczęścia. H. Granderath, opierając się na J. Baumannie i P. Nahstollu, dowodzi natomiast, że zanegowanie obowiązku gwaranta po stronie broniącego się „podejrzanie przypominałoby poglądy o wyjęciu spod prawa zamachowca"; porządek prawny nie może tolerować tego, aby niepotrzebnie poniósł śmierć napastnik niezdolny do powtórzenia zamachu, gdyż wyglądałoby to na wymierzenie mu kary przez bronią-

---

rechtslehre, Berlin 1955, s. 93; H. Henkel: *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, „Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform" 1961, z. 7—8, ss. 183—184; H. J. Rudolphi: *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke Ingerenz*, Göttingen 1966, ss. 180—184; Welzel: *op. cit.*, ss. 194—195; E. Dreher: *op. cit.*, s. 25; Schönke-Schröder: *op. cit.*, s. 46; Schmidhäuser: *op. cit.*, s. 539. Por. też wyrok BGH z 29 VII 1970 r. (Z StR 221/70), „Neue Juristische Wochenschrift" 1970, z. 50, ss. 2252—2253. Wyrok ten krytycznie omawia Herzberg: *Garantenpflichten auf Grund gerechtfertigen Vorverhaltens*, „Juristische Schulung" 1971, z. 2, ss. 74—77.

[67] Grenderath: *op. cit.*, s. 5. Por. Maurach: *op. cit.*, s. 516.

cego się. J. Welp napisał potem, że w wypadku gdy natychmiastowe pozbawienie życia napastnika w obronie koniecznej nie jest konieczne i dlatego niedozwolone, to pozostawienie go bez pomocy po zakończeniu zamachu, byłoby niczym innym jak wyborem rodzaju zadanej mu śmierci.

H. J. Rudolphi jest zwolennikiem dość wąskiego pojmowania *Ingerenz* jako źródła obowiązku działania. Uważa on, że uprzednie niebezpieczne działanie tylko wtedy tworzy właściwą podstawę do powstania obowiązku gwaranta uchylenia wywołanego niebezpieczeństwem, gdy wywołanie nastąpiło w sposób przeciwobowiązkowy. Przeciwobowiązkowość uprzedniego działania *(die Pflichtwidrigkeit der Vorhandlung)* ma stanowić ową optymalną regułę ograniczającą to źródło obowiązków gwaranta. Działanie w ramach obrony koniecznej, jako czyn zgodny z prawem, a zatem nie przeciwobowiązkowy, nie może stwarzać stanowiska gwaranta. Obciążenie broniącego się szczególnym obowiązkiem prawnym za to, że zdobył się na wystąpienie wobec zamachu na porządek prawny, byłoby niesprawiedliwe, jeśli zważy się, że za swoje zaniechanie udzielenia pomocy napastnikowi miałby on odpowiadać za zabójstwo lub nieumyślne pozbawienie życia, zaś osoba trzecia, która pozostawała bezczynnie zarówno w toku zamachu, jak i po jego zakończeniu, odpowiadać mogłaby tylko za przestępstwo nieudzielenia pomocy (§ 330c k.k. Rzeszy Niemieckiej). Ładne „podziękowanie" spotkałoby więc działającego w obronie koniecznej za to, że wystąpił w jego obronie. Dobitnie uwydatnił to w jednym z przykładów H. J. Rudolphi: *A* i *B* podczas przechadzki w lesie zauważyli, że jakiś mężczyzna szykuje się do dokonania przestępstwa zgwałcenie bezbronnej dziewczyny. Podczas gdy *B* przygląda się niezdecydowanie temu zdarzeniu, *A* spieszy dziewczynie z pomocą i ciężko rani napastnika w ramach obrony koniecznej. *A*, *B* oraz dziewczyna opuszczają miejsce zdarzenia, nie udzielając potrzebnej pomocy zamachowcowi, który wskutek tego umiera. Czy *A* — pyta H. J. Rudolphi — powinien ponieść w przeciwieństwie do *B* i dziewczyny odpowiedzialność karną za zabójstwo? Zgodzić się trzeba z autorem, że brak byłoby rozsądnych podstaw do udzielenia na to pytanie pozytywnej odpowiedzi. W takim samym duchu wypowiada się we wspomnianym wyroku z 29 VII 1970 r. Bundesgerichtshof. Wyrok ten wychodzi z założenia, że zranienie napastnika w obronie koniecznej nie czyni z reguły broniącego się gwarantem życia napastnika. Ten ostatni korzysta jedynie z ochrony prawnej w ramach § 330c k.k., który znajduje zastosowanie bez względu na to, czy ofiara sama doprowadziła się do stanu zagrożenia dla życia; obciążanie broniącego się obowiązkiem gwaranta sprzeciwiałoby się istocie obrony koniecznej, ponieważ dzięki temu napastnik podlegałby lepszej ochronie prawnej niż każda inna osoba, która bez własnej winy znalazła się w sytuacji zagrożenia dla jej życia.

Również doktryna i orzecznictwo radzieckie oceniają odpowiedzialność karną broniącego się za nieudzielenie pomocy napastnikowi rannemu wskutek obrony koniecznej na podstawie art. 127 k.k. RSFRR statuującego przestępstwo nieudzielenia pomocy człowiekowi w niebezpieczeństwie (w k.k. PRL — art. 164).[68] I. Tiszkiewicz wyraźnie stwierdza, że odpowiedzialność karna za zabójstwo przez zaniechanie nie wchodzi tutaj w grę, ponieważ śmierć napastnika nastąpiła wskutek zgodnego z prawem wywołania dla jego życia niebezpieczeństwa. Przy stosowaniu art. 127 k.k. RSFRR autor ten przestrzega, aby przy ocenie okoliczności faktycznych nie zapominać, że sprawca nie udzielił pomocy człowiekowi, który uprzednio dopuścił się społecznie niebezpiecznego zamachu, dlatego też zaniechający, znajdujący się pod wrażeniem tego zajścia, mógł czuć jeszcze obawy przed zranionym napastnikiem.[69]

РЕЗЮМЕ

Анализ проблематики бездействия и необходимой обороны ограничивался, как правило, в литературе польского уголовного права до необходимой обороны перед посягательствами, выступающими в форме бездействия. Данная работа расширяет границы этой проблематики и кроме необходимой обороны против бездействия касается также вопроса необходимой обороны путем бездействия, а также вопроса уголовной ответственности, которая в результате обороны нанесла нападающему телесные повреждения, а потом оставила его в состоянии, грозящем непосредственной опасностью утраты жизни, тяжелого телесного повреждения или длительного расстройства здоровья.

В первой части автор занимается проблемой: может ли посягательство, против которого полагается необходимая оборона, выступать в форме бездействия. Большинство юристов польской доктрины имеет такое мнение, что за посягательство можно считать только такое бездействие, которое носит материальный характер (*delictum per omissionem comissum*). Считается, что „посягательство", о котором говорится в ст. 22 § 1 УК ПНР с 1969 г., не обязательно должно быть преступным, оно может представлять собой также гражданское или административное бесправие. Здесь необходимая оборона (помощь) полагается. Зато, когда поступок виновника заключается в бездействии, требуется, чтобы посягательство выступило в форме бездействия, вызывающего последствия. По мнению автора, здесь выступает определенная непоследова-

[68] Por. A. Zieliński: *Otwietstwiennost' za posliedstwija pri zawiedomom otstawlenii biez pomoszczi*, „Sowietskaja Justicyja 1967, z. 12, s. 23; Tiszkiewicz: *op. cit.*, ss. 69—70.

[69] Tiszkiewicz: *loc. cit.*

тельность. К посягательствам относятся поступки меньшей важности (напр., гражданское бесправие), а не поступки, составляющие преступления (*mere omissivum*). Такое бездействие, хотя и формальное, представляет собой также посягательство на правовой порядок, если уголовный закон считает его за преступление. Автор старается доказать, что бесправное бездействие может составлять бесправное посягательство, если говорить о преступном бездействии и то несмотря на то, если речь идет о *delictum mere omissivum* или о *per omissionem comissum.* Зато, как правило, не будут составлять бесправного посягательства другие бесправные бездействия, т. к. за это говорят как лексические понятия слова „посягательство", так и взгляды на онтологическую структуру бездействия.

Вторая часть посвящена анализу необходимой обороны путем бездействия. По мнению автора, оброна может быть осуществлена как путем действия, так и путем бездействия.

В третьей части рассматривается вопрос, делают ли обороняющегося телесные повреждения, нанесенные в границах необходимой обороны нападающему, гарантом жизни и здоровья этого нападающего после непосредственно свершенного бесправного посягательства, а следовательно, не имеют ли уже его бездействия характера преступления *mere missivum* (ст. 164 УК ПНР — всеобщее, формальное преступление не оказания помощи человеку, находящемуся в опасности), а *per omissionem comissum* (ст. 148, 152, 155 УК — преступления лишения жизни или телесного повреждения, совершенные умышленно или по неосторожности). В польской доктрине и судебной практике принимается, что одним из источников возникновения особенной правовой обязанности деяния при материальных преступлениях бездействия является предшествующее действие виновника (точнее — поведение, т. к. здесь может выступить и предшествующее бездействие), вызывающее или усиливающее опасность возникновения преступного последствия. Автор считает, что в данном случае из-за недостатка обоснований нельзя узнать действующего в необходимой обороне гарантом жизни и здоровья нападающего.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung der Problematik der Unterlassung und der Notwehr beschränkte sich in der polnischen Strafrechtsliteratur gewöhnlich auf die Notwehr gegen Angriffe, die in der Form einer Unterlassung auftreten. Die vorliegende Abhandlung geht über den Kreis der o.ä. Probleme hinaus und ausser der Notwehr gegen die Unterlassung befasst sie sich mit dem Problem der strafrechtlichen Verantwortung einer Person, die

infolge ihres Wehrverhaltens dem Angreifer einen körperlichen Schaden zufügte und ihm dann keine Hilfe erwies in einer Lage, die mit direkter Lebensgefahr, schwerer Körperverletzung oder schwerer Gesundheitsstörung drohte.

Im ersten Teil der Abhandlung erwägt der Verfasser das Problem, ob ein Angriff, gegen den eine Notwehr zusteht, auch in Unterlassung bestehen kann. Die meisten polnischen Theoretiker vertreten die Ansicht, dass nur solche Unterlassug als Angriff behandelt werden kann, die einen Erfolgscharakter hat *(delictum per omissionem comissum)*. Es wird anerkannt, das der „Angriff", von dem in Art. 22 § 1 des polnischen Strafgesetzbuches von 1969 die Rede ist, nicht unbedingt kriminellen Charakter haben muss. Er kann vom bürgerrechtlichen cder verwaltungsrechtlichen Standpunkt aus rechtswirdrig sein. In solchem Falle wäre die Notwehr (Nothilfe) erlaubt. Ist aber die Tat des Täters eine Unterlassung, dann wird verlangt, dass der „Angriff" die Form einer Unterlassung hat, die in der äusseren Welt Folgen herbeiführt. Der Verfasser sieht darin einen Mangel an Folgerichtigkeit. Zu Angriffen werden Taten gerechnet, die von kleinerer Bedeutung sind (z.B. eine Rechtswidrigkeit im Sinne des bürgerlichen Rechtes) als Taten, die ein *delictum mere omissivum* darstellen. Eine solche Unterlassung, obwohl „erfoglos", stellt auch einen Angriff auf die Rechtsordnung dar, den das Strafgesetz als Straftat behandelt. Der Verfasser versucht zu beweisen, dass eine rechtswidrige Unterlassung einen rechtswidrigen Angriff darstellen mag wenn es sich um eine strafbare Unterlassung handelt und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ein *delictum mere omissivum* oder ein *delictum per omissionem comissum* in Frage kommt. Dagegen wird eine andere rechtswidrige Unterlassung keinen rechtswidrigen Angriff darstellen. Für eine solche Auffassung sprechen sowohl lexikalische Gründe als auch die Rücksicht auf die ontologische Struktur der Unterlassung.

Der zweite Teil der Abhandlung ist der Analyse der Notwehr durch Unterlassung gewidmet. Der Verfasser hält eine solche Notwehr, sowohl vom rechtlichen als auch vom logischen Standpunkt aus, für möglich.

Der dritte Teil der Abhandlung befasst sich mit dem Problem, ob eine Verwundung des Angreifers in der Notwehr den sich Wehrenden, nach dem Aufhören des unmittelbaren rechtwidrigen Angriffs, zum Garanten des Lebens und der Gesundheit des Angreifers macht. Dann würde eine Unterlassung dem Angreifer die Hilfe zu erweisen nicht mehr den Charakte eines *delictum mere omissivum* (Art. 164 des StGB — allgemeines erfolgloses (echtes) Delikt der Unterlassung einer Hilfeleistung in der Gefahr) sondern den eines *delictum per omissionem comissum* haben (Art. 148, 152, 155 des StGB — vorsätzliche oder fahrlässige Tötung oder Körperverletzung). In der polnischen Theorie und Jurisprudenz herrscht die

Meinung vor, dass eine der Quellen der Entstehung einer besonderen rechtlichen Pflicht zum Handeln in den Fällen von durch Unterlassung entstandenen Erfolgsdelikten (unechte Unterlassungsdelikte) das vorausgegangene Verhalten des Täters ist, das die Gefahr eines strafbaren Erfolges herbeiführt oder sie steigert. Nach der Meinung des Verfassers gibt es im betreffenden Falle keine genügenden Gründe anzunehmen, dass der in Notwehr handelnde Mensch zum Garanten des Lebens und der Gesundheit des Angreifers wird.

Pap. druk. sat. III kl. 80 g . Format B5 (70×100) Stron druku: 28
Annales UMCS, Lublin 1972 Drukarnia Uniwersytecka w Lublinie Zam. nr 225/72 z dn. 3 VI 72
Nakad: 600+100 egz. — G-5 Maszynopis otrzymano 3 VI 1972 r. Druk ukończ.: I 1973 r.